

Z uvedeného vyplýva, že predpokladom ochrany je vlastná duševná činnosť autora databázy a preexistencia údajov, ktoré budú vybrané alebo usporiadané do obsahu databázy. To, že sa nebudú uplatňovať žiadne iné kritériá znamená napríklad to, že databáza nemusí byť z oblasti umenia alebo vedy,⁸ nemusí spĺňať osobitné kritériá na kvalitu a podobne. „Autor“ futbalových rozpisov vo veci C-604/10 síce opísal svoju prácu ako „kombináciu umenia a vedy“ a tvrdil, že „tabuľka, ktorú vytvára, vyjadruje jeho snahu dosiahnuť spravodlivú a primeranú rovnováhu medzi kolidujúcimi dátumom a párovaním žiadostami každého klubu“, takéto tvrdenie je však irelevantné pre poskytnutie autorskoprávnej ochrany k databáze.

Napriek tomu, že zostavenie rozpisov športových zápasov môže byť náročnou aktivitou vyžadujúcou aj určitú formu kreativity, zastávame názor, že nemôže ísť o autorskoprávne chránenú aktivitu. Aby databáza bola autorskoprávne chránená, tak údaje, ktoré sú v nej zahrnuté musia vykazovať určitú úroveň usporiadateľskej činnosti. V prípade vytvárania rozpisov zápasov sa však „usporiadateľská aktivita“ týka len vhodného termínu zápasu, ale v konečnom dôsledku nezáleží na tom, kde v databáze sa bude predmetná informácia nachádzať. „Povahovou (tvorivou) podstatou usporiadateľskej činnosti je koordinácia, spočívajúca najmä vo výbere a usporiadaní jednotlivých diel, príp. iných prvkov.“⁹ V prípade športových rozpisov sa však „výber a usporiadanie“ prejavuje vo vytváraní samotného údaju (napr. priradení dátumu) a nie vo vytváraní samotnej databázy.

Treba pripomenúť, že ak by ale SD EÚ priznal rozpisom športových zápasov autorskoprávnú ochranu, účinok by sa prejavil aj na iných predmetoch, napr. na zostavovaní televíznych programov, ktoré si rovnako vyžadujú veľa času, energie a schopností (bod 19). Tu možno ale skôr nájsť analógiu so súčasnou slovenskou právnou úpravou, ktorá priznáva ochranu „pásmu“ (napr. pásmo rozprávok, pásmo detektívnych príbehov a pod.). Rozdiel medzi pásmom (§7 ods. 2 slovenského AZ) a televíznym programom pritom nemusí byť už taký zásadný. Zastávame však názor, že aj rozpis televízneho programu by mal byť chránený skôr osobitným právom k databáze ako autorským právom.

Každopádne, rozšírenie autorskoprávnej ochrany na rozpis športových zápasov nepovažujeme za vhodné, nakoľko by išlo najmä o ďalšiu nežiaducu hypertrofiu autorskoprávnej ochrany. Skôr by bolo v tomto smere žiaduce zamyslieť sa nad revíziou smernice, ktorá by mala chrániť aj také databázy, ktoré sú výsledkom podstatného vkladu spočívajúcom v získaní novovytvorených údajov.

⁸ Slovenský autorský zákon (zákon č. 618/2003 Z. z. v znení neskorších predpisov; ďalej slovenský AZ) však nerozlišuje medzi jednotlivými druhmi autorských diel a formálne „vyžaduje“ splnenie rovnakých pojmových znakov napríklad aj pri databáze (súbornom diele) či dokonca počítačovom programe.

⁹ TELEEC, I. – TŮMA, P.: *Autorský zákon. Komentář*. Praha: C.H.Beck, 2007, s. 58

Service Level Agreements

Michaela Šurmanová, Ondřej Knebl¹

Abstrakt

Predmetom príspevku je vymedzenie tzv. Service Level Agreements, tedy servisních smluv pro plnění poskytovaná v oblasti ICT. Úvodem príspevku je SLA definovaná a jsou vymezeny její základní typy. V další části jsou pak uvedeny základní obsahové náležitosti SLA z hlediska jejich praktického užití.

Abstract

This article defines so-called Service Level Agreements that means maintenance contracts on performance provided in the ICT area. At first SLA are delimited and main types of SLA are defined. The second part of this article offers fundamental content of SLA in the view of its practical usage.

Klíčová slova

SLA, OLA, servisní smlouvy, service level agreement, smlouva o údržbě, smlouva o podpoře, podpora, údržba

Key words

SLA, service level agreements, OLA, maintenance agreement, support, maintenance

1. ÚVOD

Predmetom následujícího textu je rámcové vymedzení tzv. „Service Level Agreement“ aneb česky ne zcela přesně „SLA smlouvy“, a dále seznam základních a praktických náležitostí SLA. Jedná se o smlouvu užívanou zejména při poskytování služeb v oblasti ICT² (např. typicky pro zajištění služeb datové konektivity), její název („smlouva o úrovni poskytovaných služeb“) však připouští aplikovatelnost i v jiných oblastech. Zde se zaměříme na smlouvu o úrovni poskytovaných služeb v oblasti poskytování služeb ICT pro vztah mezi **objednatel**em a **dodavatelem** služeb. Vedle toho také vymezíme rozdíl mezi „klasickou“ SLA a smlouvami obdobnými, uzavřenými však mezi subjekty na jiné úrovni poskytovaných služeb.

Význam sjednávání SLA nabývá v posledních letech na intenzitě. SLA se stávají více sofistikovanými tak, jak se rozvíjí právní povědomí o možné existenci těchto smluv. SLA jsou velmi často spojeny s outsourcingem služeb.³ V ČR je však často podceňováno nastavení SLA a jejich právní konstrukce. Na sjednání SLA většinou trvají jako dodavatelé pouze nadnárodní společnosti, jejichž provoz je řízen sofistikovanými korporátními pravidly, případně na straně zákazníků organizace,

¹ Mgr. Michaela Šurmanová spolupracuje s BBH advokátní kancelář, v.o.s. na pozici junior advokát. Mgr. Ondřej Knebl je senior advokátem v BBH advokátní kancelář, v.o.s.

² Tedy angl. „Information and Communication Technologies“ – česky „informační a komunikační technologie“.

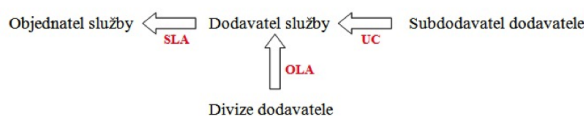
³ Dělbou práce, kdy se společnost sama nezabývá určitou oblastí, kterou pro své podnikání potřebuje, ale poptává tuto činnost u externího dodavatele. Outsourcing se používá nejen v oblasti ICT, ale např. také v oblasti účetnictví, právních služeb apod.

kterým při nedodržení kvality jim poskytovaných služeb mohou hrozit významné škody.

2. DEFINOVÁNÍ JEDNOTLIVÝCH TYPŮ SLA A ZÁKLADNÍ VYMEZENÍ SLA.

Rádi bychom zde vymezili několik základních typů smluv o úrovni poskytovaných služeb. Jestliže uzavírá smlouvu o úrovni služeb objednatel služby a dodavatel služby, bývá taková smlouva označována jako SLA – *Service Level Agreement*. Jestliže je taková smlouva sjednávána v rámci dodavatele (mezi jeho jednotlivými odděleními, divizemi), bývá nazývána OLA – *Operation Level Agreement*. Možnou variací na SLA je i smlouva mezi dodavatelem ICT služby a jeho subdodavatelem – v takovém případě se smlouva nazývá UC – *Underpinning Contract*.

Uvedené lze popsat i následujícím znázorněním jednotlivých vztahů (šipka vyjadřuje směr plnění ICT služby):



2.1. Základní vymezení SLA, OLA a UC

SLA uzavírá objednatel, zákazník, jehož předmětem podnikání či hlavní činností není poskytování ICT služeb, s dodavatelem ICT služeb, odborníkem a podnikatelem v oblasti ICT. Jedná se zpravidla o dvě různé společnosti, nevylučuje to však uzavření SLA mezi společnostmi v holdingu.⁴ SLA je netypovou, inominátní smlouvou. Kontrakt by však měl být dostatečně formalizován zejména tam, kde obě strany mohou mít různé či snad až opačné zájmy. Účelem smlouvy je zajištění služeb ICT pro objednatele a zároveň zajištění určité kvality takto poskytovaných služeb, aby plnily účel, pro který byly objednatelem poptány.

OLA⁵ je v zásadě vnitrofiremní smlouvou, která bývá málokdy formalizovaná do podoby smluvního kontraktu, podepsovaného oběma stranami, tj. složkami podniku. OLA může mít podobu interní směrnice či procesního modelu. Jejím účelem je zejména podpora SLA u objednatele (také „klienta“), tedy nastavení takových parametrů fungování práce dodavatele, aby byl schopen poskytovat služby sjednané v SLA v přiměřené kvalitě.

UC bude ve většině případů formalizovanou smlouvou, více se podobající SLA – v podstatě se jedná o SLA s určitými specifiky, odvíjejícími se od skutečnosti, že plnění objednateli je poskytované dodavatelem

prostřednictvím jeho subdodavatele. Subdodavatelem bude v případě UC odborník (a podnikatel) v (některé) oblasti ICT. Účel UC je v zásadě stejný, jako je u OLA – dodávky od subdodavatele jsou dodavateli poskytovány za účelem umožnit dodavateli poskytovat služby dle SLA objednateli.

2.2. Vztah a vzájemné odlišnosti mezi SLA, OLA a UC

Ne vždy budou SLA současně doplňovat i ostatní výše uvedené smlouvy (lze si představit, že užití OLA a UC bude více pravděpodobné u velkých dodavatelů ICT služeb, kteří mají propracovanou komplexní strukturu poskytovaných služeb). SLA je vždy smlouvou hlavní, ostatní smlouvy ji mohou i nemusí podporovat, neboť se nejedná o *a priori* na sobě závislé smlouvy.⁶ Je možné, že UC a OLA nebudou navázány na konkrétní SLA, ale budou naopak standardem, od kterého se odvíjí sjednávání konkrétních SLA mezi dodavatelem a objednatelem služeb.

Pokud budou OLA (a příp. UC) existovat současně se SLA, zcela jistě musí ve vztahu těchto tří smluv fungovat princip, kdy veškeré lhůty pro poskytování služeb v SLA jsou delší, nebo alespoň stejné, než lhůty v OLA či UC. Jiné nastavení by pro dodavatele ICT služeb mohlo znamenat velké obtíže při dodávkách objednateli.

Stejně jako SLA, rovněž OLA a UC jsou nepojmenované, inominátní smlouvy.⁷ Jejich předmětem je způsob nastavení fungování určité služby. Liší se však:

- v subjektech smlouvy;
- v předmětu smlouvy – obsahem UC může být například jen dílčí činnost podporující SLA, obsahem OLA mohou být i činnosti nesouvisející přímo s konkrétní SLA;
- v sankcích a náhradě škody – je méně pravděpodobné, že OLA bude obsahovat sofistikované sankce vůči jedné (fakticky subdodávající) části dodavatele; vhodnější bude zakotvit sankční mechanismus do UC, kdy subdodavatelem je osoba odlišná od dodavatele (je vhodné myslet na situaci, kdy vznikne odpovědnost dodavatele za vadu plnění v důsledku pochybení na straně subdodavatele);
- v různých úpravách způsobu placení za služby;
- ve způsobu ukončení smlouvy – ukončení OLA a UC by mělo být pro „dodávající“ strany více omezené, zejména s ohledem závislosti SLA na plnění těchto smluv.

3. NÁLEŽITOSTI SLA

SLA je, jak bylo uvedeno výše, smlouvou inominátní. Není typově upravena ani v občanském zákoníku,⁸ ani

⁴ Naopak, jistě efektivní „dělbou“ práce může být u větších korporací seskupit a vyčlenit ICT služby do jedné organizace, která v sobě bude sdružovat odborníky na danou oblast a poskytovat příslušné služby všem společnostem v holdingu za přiměřenou cenu a pro podnikání celé skupiny výhodněji. Takové nastavení pak může mít výhodu i v oblasti kontroly nad dodavatelem ICT služeb, dodržováním jednotné politiky v oblasti ochrany dat apod.

⁵ Často bývá zaměňována se SLA samotnou, nicméně podle standardů v informačních technologiích ITIL by měla být taková smlouva správně nazývána „Operation Level Agreement“, tedy smlouvou o operační úrovni služeb (k ITIL, tedy angl. „Information Technology Infrastructure Library“, viz Official ITIL® Website [on-line]. Změněno naposledy 14.4.2011 [cit. 2011-05-05]. Dostupné z WWW: <<http://www.itil-officialsite.com/home/home.aspx>>).

⁶ OC i ULA jsou určitou podmnožinou smluv typu SLA.

⁷ Teoreticky by mohla být UC i smlouvou o dílo, pokud by se např. jednalo o údržbu hardwarového vybavení (např. serverů) nebo i jinou smlouvou, např. kombinovanou smlouvou o nájmu (v případě pronájmu serverů) s nespécifikovaným typem smlouvy (servisní služby).

⁸ Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „obchodní zákoník“).

v obchodním zákoníku,⁹ ani v jiném platném právním předpisu. Nepoužijí se pro ni tedy primárně ustanovení upravující jednotlivý smluvní typ v daných předpisech. Obsah smlouvy určují sami její účastníci, kteří si upraví vzájemná práva a povinnosti, jež tvoří obsah smlouvy, která je právním důvodem jejich vzniku. Teprve není-li v určité otázce účastníky nic smlouveno, použijí se na závazkový právní vztah, vzniklý z nepojmenované smlouvy, analogicky ta zákonná ustanovení, která upravují závazkový právní vztah obsahem a účelem nejbližší (tzv. „*analogia legis*“). Méně regulace formy v právních normách však neznamená zpravidla více prostoru (pro individuální tvorbu formy i obsahu) – naopak, zvyšují se nároky na dostatečnou určitost a tedy i platnost smlouvy. Vymezení obsahu smlouvy je sice zásadně na vůli stran, nicméně i v takovém případě je nutné dbát na kogentní ustanovení aplikovatelných předpisů. S ohledem na praktické využívání SLA zejména v obchodních vztazích, dochází k aplikaci obchodního zákoníku na základě § 261 odst. 1, a to za podmínek tam uvedených¹⁰ i v případě, kdy to není stranami v SLA výslovně uvedeno. Subsidiárně se použije občanský zákoník.¹¹

SLA je s ohledem na výše uvedené nutné formulovat tak, aby byla nejen dostatečně určitá a srozumitelná z hlediska obecných právních požadavků na právní úkony, ale zároveň aby plnila účel, pro který je sjednávána, byla tedy zejména prakticky použitelná. Jestliže je SLA řádně sjednána, měla by obsahovat zejména vymezení potřeb objednatele ve vztahu k poskytované službě s absencí nerealistických požadavků objednatele (který má spíše méně rozsáhlé povědomí o tom, čeho lze technicky vůbec dosáhnout, resp. čeho lze objektivně dosáhnout v rámci rozpočtu daného cenou služby). Pokud uvedeme takovou situaci příkladem, mohlo by se jednat o poskytování datových služeb v určitém rozsahu včetně výpadků služby (měřené např. počtem číslic „9“ za desetinnou čárkou vyjadřující 99% dostupnost). Smlouva by měla představovat rámec, dle něž budou řešeny všechny související okolnosti poskytování služeb dodavatelem a zjednodušovat celkový proces interakce stran při poskytování služby, včetně řízení případných konfliktů a sporů.

Jako vhodné náležitosti SLA považujeme ve smlouvě uvést zejména následující skutečnosti, přičemž některé dále detailněji rozvádíme:

- Název smlouvy – ačkoliv název smlouvy není podstatný a rozhodující je její obsah, pro přehlednost je vhodné uvádět názvy smluv tak, aby odpovídaly jejich obsahu;
- Označení smluvních stran – v souladu s obchodním zákoníkem a daňovými předpisy, tedy obchodní firmu, sídlo, IČ, DIČ, zápis v obchodním rejstříku (oddíl, vložka);

- Zvolený právní režim – pro vyloučení pochybností, lze-li právní režim zvolit;
- Preamble – uvedení východisek, účelu a cílů smlouvy, které mohou být vhodné pro výklad smlouvy v případě nejasností;
- Předmět SLA – vymezení poskytovaných služeb a místo jejich poskytování, rozdělení na standardní a nadstandardní služby apod.;
- Určení ceny – výše, splatnost, bonusy, malusy, sazby pro nadstandardní služby aj.;
- Součinnost objednatele (klienta) – např. vymezení, co je prodloužením věřitele nezpůsobujícím prodloužení dlužníka, podmínky přístupu dodavatele do prostor či systémů objednatele apod.;
- Sankce za porušení povinností, liberační důvody, náhrada škody;
- Změnové řízení, komunikace smluvních stran – pravidelná setkání k vyhodnocení kvality plnění smlouvy;
- Důvěrnost informací a povinnost mlčenlivosti – definice důvěrných informací, IT bezpečnost, ochrana osobních údajů vč. povinnosti k ochraně přenášovaných (nejen osobních) dat apod.;
- Trvání smlouvy a způsoby ukončení smlouvy – určitá doba trvání smlouvy, prodloužování smlouvy, způsoby a důvody pro ukončení smlouvy;
- Řešení sporů ze smlouvy – eskalační řízení, arbitráž/obecné soudy;
- Podpisy oprávněných osob;
- Přílohy – definice pojmů, způsoby sledování a hlášení vad, měření a vyhodnocování služeb, metodiky poskytování služeb, interní předpisy objednatele závazné pro dodavatele aj.;
- Jiné – je-li relevantní, např. otázky práv duševního vlastnictví, školení objednatele aj.

Některým částem SLA se věnujeme v následujícím textu.

3.1. Předmět SLA a změnové řízení

Naprosto klíčovou částí SLA je řádné vymezení jejího předmětu. Z právního hlediska neexistuje jednotná definice pojmu „služba“, resp. vymezení jejího obsahu. Termín se užívá jak ve veřejnoprávním smyslu (např. „sociální služby“), tak v soukromoprávním (živnostenské služby apod.). Pojem „služby“ je tak vícevýznamový. Často je vymezen negativním způsobem, např. že službou není dodávka nebo poskytnutí práva.¹² Služba je určitá činnost prováděná za úplatu. Výsledkem služby je „užitečný efekt“, nikoliv hmotný statek. Služba je tedy nehmotná – neskladovatelná, neuchopitelná, svým způsobem nedělitelná.

Typickými službami v ICT oblasti, jejichž úpravu řeší i SLA, jsou služby typu zajištění provozu, služby podpory a údržby. Provozem se myslí např. zajištění

⁹ Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“).

¹⁰ Ustanovení § 261 odst. 1 obchodního zákoníku zní: „*Tato část zákona upravuje závazkové vztahy mezi podnikateli, jestliže při jejich vzniku je zřejmé s přihlédnutím ke všem okolnostem, že se týkají jejich podnikatelské činnosti.*“

¹¹ Viz § 1 odst. 2 obchodního zákoníku.

¹² Nebo např. § 10 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách: „*Věřejnou zakázkou na služby je veřejná zakázka, která není veřejnou zakázkou na dodávky nebo veřejnou zakázkou na stavební práce.*“

přenášení dat v určité kvalitě (např. rychlost datové linky, omezená ztrátovost dat apod.). Podporou se rozumí např. linka tzv. „call centra“, na kterou je možné hlásit závady poskytnutého plnění nebo samotné služby a údržbou pak často poskytování úprav/oprav služby/plnění v průběhu trvání SLA nebo jiné smlouvy, na základě již bylo dodáno plnění, pro něž se sjednávají uvedené služby. V případě komplexního poskytování služeb je vhodné vymezit katalog služeb přesně definující, co která služba obsahuje a jak má být plněna (vedle způsobu a času odstranění např. i to, zda je služba poskytnuta dálkově nebo fyzicky na místě u objednatele či jiném místě).

Charakteristika dané služby (tedy zejména její kvalita) je popsána prostřednictvím tzv. „key performance indicators“¹³ – KPI. KPI jsou určeny vzhledem k dosažení příslušných cílů poskytování služby a definují parametry, které se sledují. KPI je důležité vymezit přesně,¹⁴ neboť vymezení kvality služby určuje samotnou povahu SLA a tedy i práva a povinnosti smluvních stran. Je důležité, aby parametry byly nastaveny objektivně a transparentně – prostřednictvím údajů, které lze ověřit. Každá služba musí být měřitelná¹⁵ a její výsledky objektivně analyzovatelné a zpracovatelné. Typickými KPI jsou:

- Doba odezvy („response time“);
- Doba nástupu (může být i součástí doby odezvy);
- Doba opravy („repair time“);
- Doba zřízení (nové nebo změněné služby);
- Dostupnost + vymezení provozní doby a sledovaného období;
- Incident;
- Odstávky – plánovaná, neplánovaná;
- Okamžik nahlášení incidentu;
- Spolehlivost (četnost incidentů);
- Závada/porucha (nemá-li význam shodný jako incident) a další.

Vyhodnocování splnění KPI by mělo probíhat průběžně ve stanovených termínech za účasti k tomu pověřených osob. Smlouva by také měla stanovit důsledky spojené s nedosažením požadovaných hodnot parametrů (sleva z ceny, sankce, možnost jednostranného ukončení SLA apod.).

SLA zejména tam, kde je sjednávána poprvé, ať už věcně nebo z hlediska dodavatele, může vyžadovat, po určitém „zkušebním“ provozu „kalibraci KPI“, tj. změnu definice KPI či změnu zvolené hodnoty KPI s ohledem na skutečně dosahované (reálně) kvality daných služeb.

¹³ Lze přeložit např. jako „klíčové ukazatele výkonnosti“.

¹⁴ V SLA je vhodné uvést, že dodavatel je povinen poskytovat služby při vynaložení odborné péče, popř. v souladu s běžnými standardy daného průmyslu, v souladu s nejnovějšími poznatky v oblasti moderních technologií apod. Na první pohled se sice jedná o relativně široké pojmy, obsah těchto pojmů je ovšem právní teorií i praxí relativně určité vykládán. Pro vyloučení pochybností jejich výkladu je možné do přílohy smluv tyto pojmy blíže vymezit.

¹⁵ Buď objektivními kvantifikovatelnými ukazateli typu „doba výpadku“ apod., případně i ne zcela objektivně kvantifikovatelnými kritérii, typu „kvalita poskytnutého školení prostřednictvím daného lektora“ apod. Nekvantifikovatelná kritéria však vyžadují mnohem větší náročnost na jejich vymezení a následné vyhodnocení.

K tomu může sloužit již ve smlouvě zakotvené změnové řízení, jež vyústí zpravidla v dodatek smlouvy.

V části smlouvy upravující změnové řízení by mělo být určení osob oprávněných provést změnové řízení (vyvolat je, rozhodnout o jeho provedení a uzavřít formalizovanou dohodu). V užším smyslu bude změnovým řízením dotčena část technická, např. nastavení KPI, úprava ceny služby, motivační program, smluvní sankce – vše vztaženo k technickému plnění smlouvy. V širším smyslu se může jednat o jakoukoliv změnu smlouvy. Změnové řízení může sloužit i v případě, kdy jedna ze stran vyžaduje úpravu poskytovaných služeb či její kvality z nikoliv běžných důvodů, např. z důvodu korporátních změn na její straně, z důvodu technického vývoje, plánované obnovy zařízení apod.

3.2. Cena

Jednou ze základních náležitostí SLA je i uvedení ceny za poskytované služby ve sjednané kvalitě. Cena v SLA smlouvách může být sjednána jako fixní – paušální („fixed time fixed price“). Obvykle se jedná o pravidelnou měsíční platbu po dobu trvání SLA. Je vhodné sjednat, v návaznosti na plnění KPI, i možnost cenu upravovat podle pravidelného (např. ročního) vyhodnocení splnění KPI, a to buď do budoucna (po vyhodnocení se cena upravuje na další období), nebo jako zpětnou slevu z ceny (sleva může být nejen poskytnuta ve formě vrácení finančních prostředků, ale také jako kredit na poskytnutí kapacit dodavatele pro nadstandardní služby, např. ve formě určitého počtu člověkodní/člověkohodin zdarma). Je také možné sjednat cenu za výkon („time and material“), nicméně tento způsob bývá méně častý, vhodný jako doplňkový. S ohledem na komplexnost smluv na dodávku IT systémů bývá součástí SLA i určení hodinové ceny pracovníka dodavatele pro zásahy mimo sjednanou záruku nebo plnění, např. za nadstandardní služby, které tvoří obvyklou součást dané smlouvy (případně bývá odkazováno na standardní ceník dodavatele). Splatnost ceny se pak odvíjí mj. i od způsobu určení ceny. Může být průběžná, jednorázová na určité období i jednorázová za celé období trvání smlouvy, placena zpětně i předem.

Je také možné sjednat systém bonusů a malusů za poskytování služeb s mimořádně dobrými nebo zhoršenými výsledky. Takový systém motivuje dodavatele služby poskytovat v nejvyšší kvalitě. Motivační systém může být sjednán ve vztahu k určitému období (vždy se pravidelně vyhodnocuje) nebo ve vztahu k dosažení určitého standardu (po dosažení určité hranice platí dosažený standard nadále po dobu trvání účinnosti SLA).

3.3. Smluvní sankce a náhrady škody

V souladu s § 544 odst. 1 občanského zákoníku si smluvní strany mohou sjednat pro případ, že dlužník (dodavatel) nesplní svou smluvní povinnost, povinnost zaplatit určitou částku stanovenou ve smlouvě jako smluvní pokutu, a to i tehdy, pokud porušením takové dlužníkovi povinnosti nevznikne věřiteli (objednateli) škoda. Dlužník je zavázán plnit povinnost, jejíž splnění

bylo zajištěno smluvní pokutou i po zaplacení smluvní pokuty. V případech, kdy by bylo náročné prokázat vzniklou škodu (např. dlouhodobá nedostupnost aplikace pro sjednání pojištění on-line na internetu zcela jistě způsobí pojišťovně ušlý zisk, nicméně jeho určení bude podléhat složitému dokazování¹⁶), je vhodné sjednat smluvní pokutu jako určitou formu paušalizované „náhrady škody“. Oproti případům vymáhání náhrady škody však k vymáhání smluvní pokuty nemusí objednatel prokázat výši vzniklé škody a příčinnou souvislost mezi jednáním dodavatele a vznikem škody, ale pouze porušení zajištěné smluvní povinnosti (a také nemusí brát ohled na okolnosti vylučující odpovědnost¹⁷). Zároveň, pokud si tak dodavatel ve smlouvě výslovně sjedná, může po dodavateli požadovat náhradu škody za porušení povinnosti zajištěné smluvní pokutou v plné výši nebo ve výši přesahující smluvní pokutu. Věřitel (objednatel) je samozřejmě nadále oprávněn požadovat i náhradu škody v důsledku porušení jiných, smluvní pokutou nezajištěných, povinností vyplývajících ze smlouvy.

Smluvní pokutou je vhodné zajistit např. nedodržení hodnot KPI (výši smluvní pokuty lze odstupňovat i podle míry nedodržení hodnot KPI), porušení závazku důvěrnosti nebo ochrany dat apod.

Smluvní pokutu je nutné sjednat písemně, a to i ve výjimečném případě, kdy by samotná SLA smlouva byla sjednána ústně. Musí být sjednána dostatečně určitě (nikoli např. „za jakékoliv porušení této smlouvy“), měla by být přiměřená, odpovídající významu a hodnotě zajišťovaného závazku. Dle § 301 obchodního zákoníku může smluvní pokutu soud s využitím svého moderačního práva snížit, a to až do výše škody vzniklé do doby takového rozhodnutí soudu porušením smluvní povinnosti, na kterou se vztahuje smluvní pokuta. Je obvyklé stanovit ve smlouvě také maximální výši možné celkové smluvní pokuty aplikovatelné dle smlouvy (např. do určité výše ceny závazku ze smlouvy).

Upozorníme, že vedle smluvní pokuty může být uplatňován také úrok z prodlení, avšak pouze za prodlení s peněžitým plněním (např. za prodlení objednatele s placením služby). Není-li sjednáno jinak, uplatí se úrok určený dle předpisů práva občanského.¹⁸

Při poskytování IT dodávek mohou vznikat také rozsáhlé škody – např. je-li nefunkční webový portál objednatele, provozujícího na tomto portále e-shop, mohou objednateli nedostupností portálu vznikat velké škody ve formě ušlého zisku. Může se jednat i o věcné škody, např. poškození hardware nedostatečnou údržbou. Obě složky škody (skutečná škoda a ušlý zisk) tak mohou být rizikem, které je vhodné ve smlouvě zohlednit, přeje-li si objednatel být dostatečně

chráněn. Český obchodní zákoník ovšem nezná terminologii škod morálních, nepřímých, následných apod.,¹⁹ jak existují v anglo-americkém právu a jak jsou velmi často užívány.

Nebudeme se zde zabývat všemi podmínkami vzniku škody a jejího uplatnění, nicméně považujeme za vhodné zmínit problematiku limitace náhrady škody. V oblasti velkých dodávek IT, kdy jsou zainteresovány velké nadnárodní společnosti, bývá pravidlem do smluv, které se mohou i nemusí řídit českým právem, vkládat ustanovení o limitaci celkové škody, jež by ze smluvního vztahu mohla vzniknout (např. do výše smluvní ceny). Pro limitaci náhrady škody se uplatní zejména ustanovení § 373 an. obchodního zákoníku a § 386 obchodního zákoníku. Zvláště významné je ustanovení § 386, které stanoví, že nároku na náhradu škody se nelze vzdát před porušením povinnosti, z něhož může škoda vzniknout. Proto existuje právní názor, že i omezení případné škody bude znamenat částečné vzdání se nároku na náhradu škody, a tudíž bude neplatné. Tento názor sdílí i Nejvyšší soud, který judikoval, že limitace škody je nepřijatelná.²⁰ S tímto názorem se ovšem neztotožňuje část praxe, která určitou limitaci připouští, zejména s ohledem na dispozitivnost ustanovení § 379 obchodního zákoníku, které stanoví limity výše škody, jaká se nahrazuje. Tento názor vyjadřuje přesvědčení, že rozsah škody, tedy částku, která se má případně hradit jako náhrada škody, lze omezit smluvní dohodou, např. stanovením horního rozsahu náhrady škody (např. navázané na výši plnění dle smlouvy). Současně by však takové omezení nemělo být v rozporu se zásadami poctivého obchodního styku a nemělo by fakticky vést k úplné limitaci náhrady škody (ať už jejím úplným vyloučením nebo sjednáním nepřiměřeně nízké částky jako stropu náhrady škody). Tento názor praxe je promítán do návrhu nového občanského zákoníku²¹ a je dost pravděpodobné, že do budoucna

19 S výhradou toho, že některé tyto druhy škod mohou spadat pod kategorii škod známou českému právu.

20 Viz Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 27.3.2008, sp.zn. 32 Odo 1651/2005: „Podle § 386 odst. 1 ObchZ platí, že nároku na náhradu škody se nelze vzdát před porušením povinnosti, z něhož může škoda vzniknout. Vzhledem k tomu, že se podle § 263 odst. 1 ObchZ jedná o kogentní ustanovení, je předmětné ujednání účastníků o omezení nároku žalované na náhradu škody způsobené porušením povinností žalobci, neplatné pro rozpor s tímto ustanovením.“

21 Viz § 2846-2850 nového občanského zákoníku. Návrh a důvodová zpráva viz zde Nový občanský zákoník [online]. Poslední změna duben 2011 [cit. 2011-05-05]. Dostupné z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymce-storage/files/2011/OZ_Navrh_zakona_s_obsahem_11042011.pdf>, k tomu také viz důvodová zpráva <http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymce-storage/files/2011/OZ_Duvodova_zprava_11042011.pdf>: „Návrh ustanovení přejímá úpravu rakouskou (§ 937 ABGB). Protože osnova nepřejímá obecné pravidlo § 574 odst. 2 platného občanského zákoníku o neplatnosti dohod, jimiž se někdo vzdává práva, jež mohou teprve vzniknout v budoucnosti (takové pravidlo bylo formulováno podle socialistického konceptu a standardní právní řády ho neobsahují), je třeba pro určité zvláštní případy volit zákazy speciální...“ a „Osnova nepřejímá obecné pravidlo socialistického práva, že neplatné jsou všechny dohody, kterými se někdo vzdává práva, které má vzniknout teprve v budoucnosti (§ 574 odst. 2 platného občanského zákoníku). Proto se vylučuje možnost poškozeného vzdát se předem práva na náhradu škody způsobené úmyslně, z hrubé nedbalosti, anebo jde-li o člověka a poškození jeho přirozených práv, ať již prohlášením samostatně učiněným, nebo ujednáním s potenciálním škůdcem. Rovněž se navrhuje vyloučit výslovným ustanovením možnost platně se zprostit povinnosti k náhradě škody prohlášením samotného škůdce. Taková prohlášení však mohou mít funkci oznámení, kterým se varuje před nebezpečím (např. kdo má právo vstupu na cizí pozemek, může být varován tabulkou „Pozor, zlý pes!“, aby o své vůli na pozemek nevstupoval, ale aby se domohl u

16 Ačkoliv pro tyto účely bude zřejmě vhodné využít pravidla uvedeného v § 381 obchodního zákoníku o tom, že místo ušlého zisku může poškozený požadovat náhradu zisku dosahovaného zpravidla v poctivém obchodním styku za podmínek obdobných podmínkám porušené smlouvy v okruhu jeho podnikání.

17 Dle § 300 obchodního zákoníku okolnosti vylučující odpovědnost nemají vliv na povinnost platit smluvní pokutu.

18 Viz nařízení vlády č. 142/1994 Sb., kterým se stanoví výše úroků z prodlení a poplatku z prodlení podle občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů.

bude již limitace náhrady škody za určitých okolností přípustná.

Nepřípustnost omezit náhradu škody však ještě neznamena, že neexistuje možnost, jak by se mohla strana, která způsobí škodu porušením povinnosti, této odpovědnosti zprostit. Tato strana může totiž prokázat, že porušení povinnosti bylo způsobeno okolnostmi vylučujícími odpovědnost. Co se považuje za okolnost vylučující protiprávnost, stanoví § 374 obchodního zákoníku.²² Odpovědnost bude vyloučena také tehdy, pokud se bude jednat o tzv. nepředvídatelnou škodu podle § 379 druhé věty obchodního zákoníku. Podle tohoto ustanovení se nenahrazuje škoda, jež převyšuje škodu, kterou v době vzniku závazkového vztahu povinná strana jako možný důsledek porušení své povinnosti předvíдалa nebo kterou bylo možno předvídat s přihlédnutím ke skutečnostem, jež v uvedené době povinná strana znala nebo měla znát při obvyklé péči. Typicky se pak ve smlouvách právě s odkazem na toto ustanovení uvádí, že strany předvídalí škodu maximálně do určité výše (opět lze nalézt vazbu na výši peněžitého závazku ve smlouvě). Takové ustanovení má jistě smysl pro další výklad smlouvy (např. soudem) a může být vhodným nástrojem právě pro určitou „limitaci“ případného rozsahu náhrady škody.

S ohledem na určitá specifika ICT oblasti je pro dodavatele vhodné ve smlouvě také uvést liberační důvody, které se uplatní jak na odpovědnost dodavatele celkovou, tak i na povinnost hradit smluvní pokutu.²³ Lze například, s ohledem na závislost ICT služeb na elektřině zohlednit i možnost tzv. „blackoutu“,²⁴ na druhou stranu je možné sjednat i povinnost dodavatele disponovat záložními zdroji energie.

3.4. Součinnost objednatele a komunikace mezi stranami

Důležitou součástí fungujícího obchodního vztahu je i součinnost stran a vzájemná komunikace. Při poskytování technické podpory je důležité získávat urychleně hlášení o vadách (nedostupnosti) v dostatečném rozsahu, který přispěje k odstranění vady. Je tedy vhodné pamatovat zejména na informační povinnosti objednatele při odebírání služeb. Součinnost ale nespočívá jen v notifikaci vad, která se plní již po uzavření kontraktu a za trvání smluvního vztahu, ale také při jeho sjednávání. Například dodávaná IT zařízení mohou vyžadovat kompatibilní zařízení zákazníka, neboť často mají pouze zapadnout do již existující infrastruktury. I zákazník mívá svá IT oddělení a projektové manažery, je tedy důležité příslušné osoby na straně objednatele zapojit do procesu samotné objednávky, resp. v průběhu uzavírání SLA smlouvy. Považujeme za vhodné také zohlednit

skutečnosti stojící mimo volní možnost zákazníka (např. otázka přidělení kmitočtů).

Za důležité považujeme i ustanovení konkrétních pozic, resp. přímo jména osob (např. v příloze smlouvy, měnitelné jednostranným oznámením příslušné strany) odpovědných za určité části projektu, a to na obou stranách. Často je vhodné specifikovat eskalační proces o více úrovních, kdy technické detaily řeší projektoví manažeři a projektové týmy (řídící výbory), v další fázi ředitel oddělení a posléze statutární orgány. Lze tak předejít zatěžování vedení stran otázkami technické povahy a podpořit efektivní řešení. Zároveň se předchází nejistotě, zda k danému úkonu byla osoba jej činící pověřena či nikoliv a spor se může vyřešit smírnou formou.

Pro účely hlášení vad a nutnosti servisních zásahů je důležité uvést kontaktní údaje tzv. Help Desku (Service Desk) a upravit doručování mezi stranami, stejně jako formu a obsah zápisů z jednání, např. z ročních evaluačních schůzek. Opět i pro hlášení vad na Help Desk lze specifikovat, kdo je k takovým hlášením oprávněn. Je možné sjednat i užívání systému, do kterého mají přístup obě strany a který eviduje příjem hlášení o vadách, stav vyřizování vad, případně poznámky odpovědných osob.²⁵

3.5. Ochrana informací, bezpečnost a mlčenlivost

Při plnění smlouvy může dojít k nakládání s důvěrnými informacemi,²⁶ obchodním tajemstvím,²⁷ osobními údaji,²⁸ utajovanými informacemi²⁹ a dalšími údaji, jejichž obsah je nutné chránit.³⁰ Je tedy vhodné uvést, s jakými údaji je nakládáno, rozsah jejich ochrany (způsob a doba) a sankce za porušení sjednaných závazků. S ohledem na nemožnost přenést někdy odpovědnost na jiné osoby (např. při ochraně osobních údajů nebo utajovaných informací) je nutné na tuto skutečnost pamatovat a procesně zajistit splnění příslušných požadavků, případně sankcionovat jejich nesplnění. V případě, že nelze přenést odpovědnost na dodavatele (odpovědnost objednatele vyplývající např. ze zákona o ochraně osobních údajů), je za účelem jasné předvídatelnosti škody vhodné uvést, např. v preambuli nebo části o ochraně dat, i tuto odpovědnost objednatele. Dodavatel si tak bude vědom možných škod, které mohou nastat např. při ztrátě důvěry klientů v objednatele v případě neoprávněného nebo nedbalého nakládání s osobními daty.

Nelze tedy jinak než doporučit, aby v případě, kdy zmocnění k zpracování osobních údajů nevyplývá přímo z právního předpisu, objednatel, jakožto správce, a dodavatel, jakožto zpracovatel, uzavřeli buď samostatnou písemnou smlouvu o zpracování osobních údajů ve

vlastníka pozemku, aby mu byl výkon práva umožněn).“

22 Viz ustanovení § 374 odst. 1 obchodního zákoníku: „Za okolností vylučujících odpovědnost se považuje překážka, jež nastala nezávisle na vůli povinné strany a brání jí ve splnění její povinnosti, jestliže nelze rozumně předpokládat, že by povinná strana tuto překážku nebo její následky odvrátila nebo překonala, a dále, že by v době vzniku závazku tuto překážku předvíдалa.“

23 Srovnej již zmíněný § 300 obchodního zákoníku o vztahu smluvní pokuty a okolnostech vylučujících odpovědnost.

24 Výpadek elektřiny z důvodu přetížení distribuční sítě.

25 Takové systémy se využívají zejména při dodávkách děl a evidenci vad v průběhu akceptačních procedur, mohou však sloužit i pro účely podpory.

26 Viz § 271 obchodního zákoníku.

27 Viz § 17 obchodního zákoníku.

28 Viz zákon č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o ochraně osobních údajů“).

29 Viz zákon č. 412/2005 Sb., o ochraně utajovaných skutečností, ve znění pozdějších předpisů.

30 Viz např. ochrana osobních, provozních a lokalizačních údajů a důvěrnost komunikací dle zákona č. 125/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o elektronických komunikacích), ve znění pozdějších předpisů.

smyslu ustanovení § 6 zákona o ochraně osobních údajů, nebo aby SLA obsahovala veškeré náležitosti vyžadované tímto ustanovením zákona o ochraně osobních údajů.

Smlouva o zpracování osobních údajů (neboli příslušná ustanovení SLA vztahující se k této otázce) musí být (pod sankcí neplatnosti) písemná a musí obsahovat následující povinné náležitosti:

- uvedení rozsahu, v jakém je smlouva uzavírána,
- stanovení účelu, za kterým se smlouva uzavírá, resp., k němuž mají být osobní údaje zpracovány,
- vymezení doby trvání smlouvy, a
- dostatečné záruky zpracovatele ve vztahu k technickému a organizačnímu zabezpečení ochrany osobních údajů, jež musí být ve smlouvě dostatečně popsáno, a to rovněž pod sankcí neplatnosti.

Ve vztahu k náležitostem dle poslední odrážky výše uvádí ustanovení § 13 zákona o ochraně osobních údajů míru povinností, resp. opatření, jež musí zpracovatel (případně správce) přijmout při zabezpečení osobních údajů. Tímto ustanovením je taktéž stanovena obecná povinnost správců a zpracovatelů tyto údaje chránit, aby nemohlo dojít k neoprávněnému nebo nahodilému přístupu k osobním údajům, k jejich změně, zničení či ztrátě, neoprávněným přenosům, k jejich jinému neoprávněnému zpracování, jakož i k jinému zneužití osobních údajů. Tato povinnost platí i po ukončení zpracování osobních údajů. Zákon o ochraně osobních údajů ukládá v této souvislosti i povinnosti v oblasti automatizovaného zpracování osobních údajů, v jehož rámci je zpracovatel (případně správce) například povinen zajistit, aby systémy pro automatizované zpracování osobních údajů byly používány pouze oprávněnými osobami (autorizovanými osobami). Za nedodržení povinnosti dle § 13 zákona o ochraně osobních údajů hrozí správci nebo zpracovateli pokuta až do výše 1.000.000,- Kč,³¹ resp. 5.000.000,- Kč,³² přičemž pokutu může Úřad pro ochranu osobních údajů uložit v případě, že správce nepřijme nebo zpracovatel neprovede opatření pro zajištění bezpečnosti zpracování osobních údajů.

Často je vhodné zavázat dodavatele k poskytování plnění v souladu s bezpečnostními pravidly objednatele (instrukcemi, interními předpisy), které je vhodné vložit do přílohy SLA, aby bylo zřejmé, že s nimi byl dodavatel seznámen. Doporučujeme pamatovat i na jejich aktualizaci.

3.6. Zahájení a ukončení SLA

Jako každá smlouva i SLA může mít odloženou účinnost. SLA bývá buď na dobu určitou pro opakované plnění (poskytování služeb po určitou dobu), nebo na dobu neurčitou. V praxi bývají SLA ukončovány předčasně, stejně jako prodlužovány. Při dohodě o ukončení SLA je vhodné sjednat i vypořádání jednotlivých závazků,

například vypořádání splatných peněžitých pohledávek a sankcí apod.

SLA by mělo být možné ukončit jednostranně (odstoupením, výpovědí) ze strany objednatele (klienta), zejména v případě nedodržování KPI či jiných porušení SLA poskytovatelem. Doporučujeme demonstrativně vyjmenovat skutečnosti zakládající podstatné porušení umožňující odstoupit od SLA z důvodu podstatného porušení. Taxativní výčet není vhodný, neboť zbytečně limituje objednatele. Je vhodné si také výslovně sjednat podmínky odstoupení (účinnost odstoupení, umožnit nápravu porušení jako podmínku pro uplatnění práva na odstoupení apod.).

V SLA lze samozřejmě sjednat i konkrétní výpovědní důvody a výpovědní lhůty. U smluv s opakujícím se plněním se uplatní obecná ustanovení občanského zákoníku o možnosti výpovědi, včetně výpovědních lhůt, není-li sjednáno jinak. Výpovědní dobu lze upravit pro obě strany stejně, pro každou stranu jinak (pro objednatele obvykle kratší) nebo spojit možnost výpovědi ze strany dodavatele s kroky, které musí dodavatel zajistit (např. prevence škod, zajištění náhradního dodavatele apod.).

Výpověď může být jak bez uvedení důvodů (je případně vhodné vyloučit možnost výpovědi ze strany dodavatele s ohledem na významnost plnění a závislost klienta na dodavateli), tak důvodná; v této souvislosti není vhodné důvody pro výpověď duplikovat důvody pro odstoupení. Následkem výpovědi je ukončení poskytování služeb dle SLA. V případě zápůjčky zdrojů klienta či v obdobných případech by smlouva měla obsahovat i způsob vypořádání vztahu po jeho ukončení. Je vhodné také myslet na dlouhodobost závazku a sjednat si cenové doložky, umožňující ukončení smluvního vztahu v případě, že se na trhu objeví kvalitativně obdobná služba s výhodnější cenou nebo jinými klíčovými podmínkami poskytování služeb.

4. ZÁVĚR

Obdobně jako mnohé další smlouvy v oblasti práva ICT je i SLA smlouvou inominátní. Jakkoli je tak z hlediska právního SLA smlouvou nepojmenovanou, je v praxi hojně využívána a do značné míry v oblasti práva ICT typizovaná (vždy ovšem s ohledem na konkrétní oblast jejího užití). SLA lze uzavírat jak při běžných dodávkách ICT služeb (typicky internetové připojení), tak zcela jistě nalezne uplatnění v relativně nových oblastech ICT služeb (např. u „cloud computingu“³³). Praxe tak formuje i právní výklad SLA, přičemž v tomto článku jsme se pokusili shrnout své poznatky z praktického využívání SLA z pohledu právního. Lze předpokládat, že použití SLA bude v budoucnu nadále narůstat, když její obsah, formovaný zejména použitím v oblastech ICT, je přenositelný i do jiných oblastí. Zasazení SLA do nových oblastí a podmínek bude další právní výzvou.

31 Fyzické osobě.

32 Právnícké osobě.

33 Pro vysvětlení pojmu viz např. Cloud computing. Wikipedia [online]. Poslední změna 23. června 2011 [cit. 2011-06-23]. Dostupné z <http://en.wikipedia.org/wiki/Cloud_computing>.